

FORO “DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO EN CHILE: PLANO JURÍDICO”

PRESENTACIÓN

Las transcripciones y los artículos¹ que a ustedes se ofrecen corresponden a una iniciativa que surge de un grupo de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile ante la necesidad de fortificar un debate que debería ser ineludible, la legislación sobre el aborto en Chile, la que es considerada como una de las más restrictivas de todo el mundo, teniendo una vergonzosa eficacia. Se convocó a un espacio académico abierto en la comunidad universitaria, donde se discutiera la despenalización del aborto desde un plano jurídico con el fin de producir un precedente útil en el debate nacional coyuntural que se constituye como urgente; estos documentos se enmarcan en este esfuerzo.

El foro se realizó el día 19 de junio del año 2014 en el Aula Magna de la Facultad de Derecho, teniendo una alta asistencia y cobertura, no sólo por parte de nuestra comunidad más inmediata.

Sin duda, el foro fue más allá de una simple postura en tanto que despenalizar el aborto, alcanzando ribetes más laudatorios que los esperados, postulando no sólo, por ejemplo, la legalización del aborto, sino, a la vez, la permisibilidad de aquél de manera segura, libre y gratuita en tanto que ámbito de decisión y discrecionalidad de la madre.

La proyección de alta calidad y principalmente jurídica fue dado por nuestros invitados, profesores y doctores en Derecho, pero también por la visión de la Presidenta de la Federación de Estudiantes de la Universidad de Chile (FECh); fueron ponentes *Gabriel Hernández Paulsen*: Abogado de la Universidad de Chile, Doctor en Derecho Privado de la Universidad Autónoma de Barcelona y Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile; *Claudio Nash Rojas*: Abogado de la Universidad de Chile, Doctor en Derecho de la Universidad de Chile, Director del Centro de Derechos Humanos de la Facultad y, *Juan Pablo Mañalich Raffo*: Abogado de la Universidad de Chile, Doctor en Derecho por

¹ Los textos aportados por los organizadores del foro se distribuyeron, finalmente, de la siguiente manera. Por un lado, se encuentran las contribuciones de los profesores Mañalich y Nash en la sección de artículos. Ellos aceptaron adecuar sus trabajos a las normas de la revista y someterlos a nuestro proceso editorial con un resultado positivo. Por otro lado, está la contribución del profesor Hernández, quien decidió mantener el texto según su forma original para que fuera publicado directamente en esta sección, conforme a la idea inicial que se planteó a propósito del foro. Agradecemos a todos por su colaboración. (Nota del editor)

la Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität (Bonn, Alemania) y Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Chile; y además, *Melissa Sepúlveda*, estudiante de Medicina de nuestra Universidad y Presidenta de nuestra Federación de Estudiantes (FECh), quien moderó el foro y dio un mensaje preliminar.

Cabe agradecer pues entonces a los profesores que participaron en el foro y que, posteriormente, revisaron sus mismas presentaciones a fin de sistematizar y concordar del todo su posición esgrimida para una mejor inteligencia de los textos que a continuación se presentan, además de nuestra presidenta quien hizo un trabajo similar.

Finalmente, también se extiende un agradecimiento a los colaboradores del foro y particularmente al equipo organizador: Felipe Montoya Aguilera, Eduardo Olid Sagredo, Ignacio Toledo Robres y Antonio Olivares Contreras. Especial mención cabe hacer a Ignacio Toledo, quien tomase una importante línea de acción y un activo rol en la organización del foro. También enviamos un grato agradecimiento a la revista Derecho y Humanidades, por otorgar un espacio dentro de este número para extender el debate y conocimiento vertido en el foro.

EQUIPO ORGANIZADOR DEL FORO POR LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO

MENSAJE PRELIMINAR

MELISSA SEPÚLVEDA¹

La introducción que voy a hacer tiene un carácter distinto del que van a abordar los expositores, no es materia jurídica, no es derecho; más bien mi aporte está desde una perspectiva feminista, como militante feminista, también como parte del movimiento social, no solamente estudiantil, que hoy motivado por distintas situaciones, empieza a superar las fronteras de lo gremial o de lo propiamente estudiantil, y empezamos a incorporarnos al debate en torno a materias que definitivamente están muy relacionadas con lo que nos toca vivir en el día a día, ya sea como profesional de la salud en mi caso, o como ustedes, futuros abogados y abogadas, por lo tanto el aborto es una cuestión necesaria de abordar, que además es un debate que este año ha tomado fuerza.

El año pasado lo vimos a raíz de casos emblemáticos, de manera bien morbosa tratados en la prensa, como el caso de Belén, que motivó también una reacción y una organización por parte de un feminismo que se viene rearmando en nuestro país, teniendo una tremenda movilización el 25 de julio pasado por el aborto, volviendo a poner sobre la mesa la reivindicación y la necesidad de hablar de aborto libre, seguro y gratuito, más allá de las fronteras del aborto terapéutico, que es el debate que prontamente va a ingresar en discusión parlamentaria, y eso generando una reacción por parte de otros sectores que incluso son capaces de salir a la calle a defender una concepción moral, ideológica, religiosa, y defender algo que a nivel internacional a nosotros nos causa vergüenza, que es ser uno de los pocos países del mundo en tener una legislación tan restrictiva, lo cual no siempre fue así.

Hubo un retroceso importante en la dictadura que se consolida el año 89' con la derogación del artículo 119° sobre el aborto terapéutico, cual había sido discutido y aprobado a principio del siglo XX. Entonces, esa introducción de una visión moral, de una visión valórica, específica de un sector de la sociedad chilena, a obligado, finalmente, que la política pública se regule por esos cánones morales, lo que produjo en nuestro país, inmediatamente, incluso antes de que fuera derogado este artículo, que ya se empezase a hacer persecución en las instituciones donde había tenido política de avanzada, como el caso del hospital Barros Luco, que tuvo una experiencia importante en reconceptualizar este artículo 119° de la legislación. Se realizaba un aborto en otro tipo de casos, se hablaba de aborto terapéutico en casos en que se cumplieran ciertas condiciones como extrema

¹ Estudiante de Medicina y Presidenta de la Federación de Estudiantes de la Universidad de Chile (FECh)

pobreza, gestación no deseada, menos de 12 semanas y que además existiese voluntad por parte de esa mujer para iniciar tratamientos anticonceptivos o de esterilización. Se reconceptualizó lo terapéutico, uno podría decir que eso bordeaba lo ilegal, pero se ejercía y se practicaba finalmente la gratuidad del aborto en ese centro hospitalario.

El debate que se inicia en la dictadura; me gustaría citar las palabras de Jaime Guzmán en el Senado, cuando dice, *“La madre debe tener el hijo aunque éste salga anormal, aunque no lo haya deseado, aunque sea producto de una violación o aunque de tenerlo, derive su muerte. Una persona no puede practicar jamás legítimamente un aborto, porque es un homicidio y todas las consecuencias negativas o dolorosas constituye, precisamente, lo que Dios ha impuesto al ser humano”*, esto es lo que sigue vigente, esa es la concepción actual de nuestro país, que además tiene una característica particular, el aborto es otro derecho social que queda al arbitrio del mercado, del mercado clandestino, porque sabemos muy bien que en Chile se realizan abortos, que es una práctica que se hace de manera diferenciada según el nivel socioeconómico que tenga esa mujer, si una mujer tiene ese millón de pesos para pagar un aborto en una clínica privada, teniendo los contactos y las redes para hacerlo, en Chile se hacen abortos. Por el contrario, quien no tiene el dinero para eso o para viajar al extranjero, lo hace de manera insalubre, corriendo riesgos, riesgo vital, riesgo de encarcelamiento, y el sufrimiento psicológico que significa eso. Hay algunas alternativas, la introducción del “Misotrol” como alternativa, ha disminuido muchísimo la cantidad de muertes asociado a abortos clandestinos, no hay datos, no hay datos oficiales, es algo muy difícil de investigar además. Hay algunas iniciativas como la línea aborto que ha generado redes de apoyo en el caso de embarazos no deseados y cómo poder enfrentar un aborto de manera más segura. Sin embargo, el nivel de persecución que vive esta organización, las compañeras que trabajan en esa organización, es constante, es cotidiano, son llamadas todos los días, hay persecución por parte de la PDI, etc.

Si uno piensa, en realidad, a algunos les motivara la salud de las mujeres, el poder decidir sobre nuestros propios cuerpos, para otros tal vez será la necesidad de equiparar a los países de la OCDE, pero hoy día la legislación sobre el aborto y cambiar la legislación sobre el aborto es una necesidad, incluso una organización que uno no puede denominar progresista, ni de izquierda, ni de ultra izquierda, como la Organización Mundial de la Salud, recomienda y a interpelado varias veces a Chile por la legislación que tiene sobre el aborto, recomienda garantizar el acceso a un aborto seguro, porque lo único que cambia, y ahí se derriban muchísimos mitos sobre que el aborto garantizado y legal aumenta su demanda de aborto, falso, lo único que cambia es la garantía de tener un proceso, un procedimiento salubre, evitar el riesgo de muerte, evitar las infecciones, evitar incluso, la esterilidad futura por un procedimiento inseguro.

Limitar el debate sobre el aborto exclusivamente al aborto terapéutico, es uno de los riesgos que se corre con la legislación que se está planteando actualmente, por eso hay una mirada crítica de algunos sectores del feminismo y en eso me incluyo, a sólo abordar el aborto terapéutico y no hablar directamente de aborto libre, seguro y garantizado. Porque razones para el aborto pueden haber muchas, no sólo violación, inviabilidad fetal y riesgo de la madre, hay razones sociales, hay razones psicológicas, razones económicas que llevan a la decisión de no querer ser madre en un momento específico. Además que la violencia, cuando se dice que la violación es uno de los máximos símbolos de violencia en contra de la mujer, no solamente se reduce a la violación propiamente tal, a la violación por parte de un externo, sino a la dominación incluso que se ejerce dentro de la relación de pareja, donde hay muchas mujeres que viven día a día una sexualidad forzada, una sexualidad de violencia, y que muchas veces culmina en un embarazo.

Nadie habla de ser pro aborto, ni nadie habla de utilizar el aborto como un mecanismo de planificación familiar, la discusión es muchísimo anterior, la discusión es cómo prevenimos, hay una frase que lo condensa bastante bien, que es la “educación sexual para prevenir, anticonceptivos para no abortar, y aborto seguro para no morir”, y como también podemos hablar de cómo la maternidad no sea un castigo, finalmente muchas veces la frase termina siendo, “no te gusto ser irresponsable”, y como consecuencia de eso tengo que asumir como un castigo la maternidad, cuando la maternidad debiese ser una opción, una opción de vida. No solamente el aborto limita la decisión de las mujeres, hoy limita también la decisión en no tener una educación sexual como corresponde, hoy limita en no tener acceso a anticonceptivos como corresponde. A mí me llama la atención cuando hablan desde grupos “pro vida” de la capacidad de elegir, de no asesinar a un ser humano en potencia, cuando nunca he visto a un grupo pro vida en sus campañas entregando condones o anticonceptivos, y promoviendo conductas sexuales responsables, veo una contradicción importante en lo que se plantea.

Creo que esta es una decisión personal, creo que cualquier discusión que aborde la vida, la muerte, sí es una discusión valórica, sí es una discusión que está atravesada también por componentes afectivos, psicológicos, sociales, pero no puede ser la imposición de una visión moral particular lo que determine la capacidad de elección de la gran mayoría de las mujeres de nuestro país.

Uno podría pensar, y tal vez lo que conviene, es tratar de reconceptualizar lo terapéutico. Si lo terapéutico es aliviar o sanar un padecimiento físico, o psicológico, entonces ¿no corresponde garantizar un acceso al aborto de manera segura?

Finalmente, creo que es necesario hablar del cuerpo y de lo que sucede del fenómeno de la intrusión o de la mediación por parte, en este caso, del Estado y también de la Iglesia

como una relación de Poder, de dominación y de explotación. Es necesario que hablemos de manera amplia qué es lo que significa, y que se expresa en este punto del aborto en particular, toda la violencia patriarcal de esta mano invisible pero que finalmente son decisiones políticas que se han tomado en este país. Hoy es necesario que la discusión sobre el aborto sea una discusión amplia y sea por sobre todo una discusión de base. El año 2012 se dio una discusión en el parlamento sobre el aborto, donde por dos votos fue rechazado. Yo no tengo recuerdo haber tenido instancias en las cuales debatir si yo iba a poder o no iba a poder abortar, o si yo iba a tener la posibilidad de decidir sobre mi cuerpo. Creo que hoy es importante que se den instancias como ésta, y por sobretodo que podamos avanzar en políticas que si bien, no van a desarmar ni desestructurar el patriarcado, son condiciones mínimas para que podamos avanzar en condiciones mínimas de dignidad, mientras eso no pase, mientras no seamos capaces de avanzar en una política amplia, y también en una discusión social amplia, sobre la violencia patriarcal en términos generales, las palabras de Jaime Guzmán van a seguir resonando en nuestros cuerpos.

PROTECCIÓN DE LA VIDA DEL QUE ESTÁ POR NACER

GABRIEL HERNÁNDEZ PAULSEN¹

Agradezco a los organizadores del Foro y a ustedes por asistir.

Los términos en que habitualmente se plantea en Chile el debate relativo a la protección del que está por nacer me parecen insatisfactorios por al menos tres motivos. Primero, porque se suele discutir a este respecto desde la perspectiva penal o en torno a la cuestión de si debe penalizarse o no el aborto, con lo que se termina dando la impresión a la ciudadanía de que no hay vías de tutela más idóneas que la penal y desatendiendo mecanismos de protección del que está por nacer pertenecientes a otras esferas del derecho que pueden resultar más eficaces a este objeto. Por esto es que, en términos generales, parece mejor situar el debate en torno a la protección de la vida del que está por nacer, antes que situarlo en torno al delito de aborto en específico. Segundo, porque, en general, quienes se oponen a la despenalización del aborto en términos absolutos o amplios, dividen las distintas posturas entre aquellas que defienden la vida del *nasciturus* y las que no, a pesar de que quienes están por despenalizar el aborto igualmente opinen que la vida intrauterina debe protegerse (como ordena la Constitución), eso sí que por otras vías. Tercero, suele ponerse el acento en la protección del *nasciturus*, sin que se consideren categóricamente, o por lo menos en términos aceptables, los derechos humanos de las mujeres embarazadas.

Mi postura es que la vida del que está por nacer representa en nuestro ordenamiento un bien jurídico que, por mandato constitucional, debe ser protegido por la ley, pero no necesariamente por la vía penal o, por lo menos, no recurriendo a ella en todas las hipótesis de interrupción consentida del embarazo. En mi opinión, la penalización del aborto es inconstitucional. En el futuro debería despenalizarse sobre la base de un sistema de plazos que lo legitimara hasta determinada cantidad de semanas de embarazo (sin perjuicio de permitirse con posterioridad en algunos casos) o, por lo menos, despenalizarse en las hipótesis de riesgo para la vida o salud de las mujeres, inviabilidad del embrión o feto, violación e incesto. Ello implicaría la consagración del derecho a interrumpir el embarazo.

Quienes postulan que el aborto debe estar penado en todas las hipótesis consideran que el *nasciturus* es persona y que, en cuanto tal, tiene derecho a la vida igual que los nacidos. De ello coligen que no existe mejor herramienta que la penal para protegerlo.

¹ Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Pienso que hay contundentes argumentos para rebatir lo anterior. Estos permiten concluir que la vida del *nasciturus* es un bien jurídico que, por mandato constitucional, debe ser protegido por la ley, sin que se llegue a configurar a su respecto el derecho a la vida y sin que, por tanto, deba penalizarse el aborto, por lo menos, en todos los supuestos.

Antes de desarrollar los argumentos de la tesis que defiendo, cabe tener en cuenta algunos antecedentes que pueden resultar útiles para enfrentar de mejor forma la cuestión.

Aun cuando existe cierto debate acerca del momento a partir del cual estaríamos en presencia del que está por nacer y de cuándo correspondería hablar de aborto, teniendo en cuenta lo aseverado por autorizada doctrina científica, cabría concluir que solo hay concepción (noción utilizada por el Código Civil para indicar cuándo empieza la existencia natural) o embarazo (cuya interrupción configura el aborto) desde la implantación y no —como sostiene otra corriente, principalmente religiosa— desde la fecundación (que, por lo demás, puede tener lugar fuera del cuerpo de la mujer). Ello, porque, en general, solo podría hablarse de algo definitivo en relación con la vida humana y de individuación una vez completada la implantación. Así, solo cabría hablar de aborto a contar de este hito.

Chile está entre los escasísimos países que penalizan el aborto en todas las hipótesis. La mayor parte de los ordenamientos jurídicos lo permite, sea bajo el régimen de indicaciones sea bajo el de plazos. En todo caso, cabe tener en cuenta que en nuestro país el aborto terapéutico estuvo legitimado en el Código Sanitario hasta 1989.

Las cifras de abortos en nuestro país son elevadas (sobre los 100.000 por año), lo que demuestra que su penalización no ha conseguido el objetivo de proteger las vidas de los que están por nacer. La principal causa es el embarazo no deseado, que afecta mayormente a adolescentes y mujeres pobres. Por lo demás, habitualmente, el delito de aborto no se persigue o sanciona, debiendo compararse en este sentido los casos que llegan a los tribunales y se castigan con la tasa de abortos.

No puede sostenerse que en Chile hay consenso (entre los autores o los ciudadanos) en orden a que el *nasciturus* es persona y que se le debe proteger por la vía penal. Además de existir en este sentido claras discrepancias entre los autores, las encuestas revelan que la mayoría de los ciudadanos opina a favor de la despenalización del aborto, por lo menos en ciertas hipótesis. Pero tampoco puede sostenerse que haya consenso doctrinal o ciudadano en orden a que el embrión o el feto es una cosa, conclusión a que, por lo demás, impide llegar el texto constitucional, en tanto que ordena al legislador proteger la vida del que está por nacer. En la medida de que existe discrepancia al respecto, la postura que defiendo, consistente en que la vida del que está por nacer solo es un bien jurídico que, por mandato constitucional, ha de ser protegido por la ley —y no un derecho

subjetivo—, resultaría la más prudente y respetuosa de la diversidad de opiniones y del texto constitucional. Considerando que existe disenso acerca de si el *nasciturus* es persona, no puede concluirse que lo sea claramente y que, por tanto, sea titular del derecho a la vida y que su vida deba protegerse por la vía penal.

Adicionalmente, dentro de las posturas que consideran que el que aún no ha nacido es persona y titular del derecho a la vida, no puede concluirse que exista consenso en torno a la importancia y medios de protección de dicho individuo en todos los casos, ya que tales posturas suelen distinguir entre los que están en el vientre materno y los que están fuera de él (embriones criopreservados), existiendo menor nivel de severidad para cuestionar las prácticas relativas a los segundos. Esta constatación revelaría que en última instancia la cuestión central no sería la protección del que está por nacer, sino el enjuiciamiento, desde la ideología patriarcal, del fenómeno del embarazo o de la maternidad o del rol de las mujeres en la sociedad, lo que redundaría en la imposición de deberes a las mujeres embarazadas en desmedro de la consideración de sus derechos. En este sentido, resultan ilustrativas las opiniones de los miembros de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución en relación con dicho fenómeno y rol, a las cuales me remito.

La referida mirada ha repercutido en que gran parte de los autores chilenos, al referirse a esta temática, prácticamente no tome en cuenta los derechos humanos de las mujeres.

Hechas las anteriores consideraciones, desarrollo a continuación los argumentos que sustentan la tesis de que en nuestro ordenamiento la vida del que está por nacer es solo un bien jurídico que, por mandato constitucional, debe proteger el legislador, sin que dicho individuo sea persona y, por tanto, titular del derecho a la vida, y sin que la vía penal sea la más eficiente en orden a su tutela.

Primero. Teniendo en cuenta las doctrinas que explican la naturaleza jurídica de los derechos subjetivos, no puede sostenerse que el que está por nacer sea titular de ellos, ya que, básicamente, carece de autonomía y capacidad para tener intereses (que son los factores que fundamentan la configuración de dichos derechos), por lo menos en la época en que suele producirse la gran mayoría de los abortos, ya que en ella dicho individuo no presentaría autonomía fisiológica, funciones nerviosas y capacidad para sentir dolor.

Segundo. La utilización de los argumentos de interpretación normativa conduce a que, en términos gramaticales, lógicos, sistemáticos e históricos, no pueda sostenerse que el *nasciturus* es persona o titular del derecho a la vida.

Cabe tener en cuenta que el artículo 19 n° 1 de la Constitución distingue entre el derecho a la vida, cuya titularidad atribuye a las personas (a las que se refiere el encabezado del precepto), y la vida del que está por nacer, en relación con el cual la Constitución no

habla de “derecho a la vida”. Además, la Constitución, al entregar al legislador la tarea de proteger la vida de aquel individuo, le concede la posibilidad de resguardarla como estime pertinente, sin que esta posibilidad, como es lógico, se le conceda respecto de los nacidos, al ser personas y, en cuanto tales, titulares del derecho a la vida. Adicionalmente, el artículo 74 del Código Civil señala que la existencia legal de la persona comienza con el nacimiento, de manera que, jurídicamente hablando, solo hay persona y, por tanto, titularidad del derecho a la vida, desde el nacimiento.

Luego, el propio Código Penal protege en menor medida que la vida de los nacidos, la de los que están por nacer, ya que no trata el aborto (que es el atentado contra la vida de estos últimos cuando se encuentran en el claustro materno) dentro de los delitos contra las personas e impone al mismo una pena inferior a la del homicidio (que es un atentado contra la vida de los nacidos). Además, no sanciona las lesiones al feto ni la destrucción de embriones, de lo que puede colegirse que no se protege penalmente la integridad física o la salud del feto o del embrión ni la vida de este en todos los supuestos (contrariamente a lo que acontece con los nacidos), en tanto que hay aborto solo cuando se interrumpe el embarazo.

Desde el punto de vista histórico, cabe tener presente que las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución revelan que hubo acuerdo entre sus miembros en entregar la protección de la vida del que está por nacer al legislador, con la prevención de que –sin perjuicio de que la regla general sería la condena del aborto– ello podía implicar la ausencia de penalización en determinadas hipótesis, habiéndose dado como ejemplo el supuesto de peligro de la vida de la mujer embarazada. Además, incluso comisionados adscritos a la ideología tradicionalmente contraria al aborto, apuntaron que no correspondía imponer su punto de vista religioso o moral a toda la sociedad.

Tercero. El derecho de los derechos humanos enseña que solo resulta legítima su afectación, en este caso, de los de las mujeres embarazadas, cuando estamos en presencia de un objetivo legítimo y concurren los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la correspondiente medida. Una normativa legal que –como la nuestra– no cumple con dichos parámetros, debe estimarse contraria al derecho de los derechos humanos y, subsecuentemente, inconstitucional.

En cuanto a la idea de objetivo legítimo, cabe apuntar que no parece cuestionable que la Constitución encargue al legislador la protección de la vida del que está por nacer. El problema estriba en la manera en que actualmente la ley concreta este mandato, al penalizar el aborto en todos los supuestos, afectado los derechos humanos de las mujeres embarazadas. En todo caso, teniendo en cuenta el texto constitucional y el propósito razonablemente perseguido por el mismo, cabe descartar de entrada que la Constitución

haya buscado que el legislador penalice por lo menos un determinado tipo de interrupción del embarazo: el aborto por inviabilidad del feto. Teniendo en cuenta dichos tenor y propósito, puede concluirse que el mandato constitucional busca proteger la vida del que está por nacer a condición de que su existencia después de nacido sea viable y no la del que no se encuentre en esta situación.

La exigencia de idoneidad de la medida aplicada a esta cuestión, implica que la penalización del aborto debería redundar en una disminución del mismo. La evidencia demuestra que la penalización en este terreno no va acompañada de una baja de las tasas de aborto, que en Chile son de las más altas de la región y que, a nivel mundial, pueden catalogarse de muy elevadas. Por el contrario, en los países que han despenalizado el aborto, en todas las hipótesis o en parte de ellas, dichas tasas han bajado significativamente (gracias, además, a políticas adecuadas en materia de anticoncepción y educación sexual).

La exigencia de necesidad de la medida implica en este caso que debería demostrarse que no existen otros mecanismos más eficaces que la vía penal para proteger la vida del que está por nacer. Cabe aclarar que una determinada medida no adquiere el carácter de necesaria por el hecho de implicar una mayor intromisión que otras en los derechos fundamentales de los individuos, de manera que no por ser el derecho penal la herramienta más intensa en este sentido, ha de estimarse como indefectiblemente necesaria. Al contrario, por ser la más invasiva, ha de entenderse como la última a la que debe recurrirse.

Si se compara el derecho penal con otros mecanismos, hay que concluir que estos deben preferirse en su desmedro, porque, entre otras razones, aquel no tiene posibilidades realistas de perseguir los abortos, ya que el Estado no cuenta con los medios para detectar los embarazos en las primeras semanas (que es cuando se produce la gran mayoría de los abortos) y que un sistema de seguimiento riguroso de los mismos –encaminado a evitar abortos– implicaría atentar contra la libertad de las mujeres embarazadas, lo que resulta inaceptable en un Estado democrático de derecho. Por lo demás, para obtener la colaboración de aquellas en el objetivo estatal de disminuir los abortos, no debería imponérseles una pena por abortar, ya que el Estado solo podría saber qué mujeres están embarazadas si recibe información a este respecto de parte de ellas, la cual, lógicamente, no le proporcionarán si arriesgan ser penalizadas. Adicionalmente, la realidad demuestra que a pesar de ser elevado el número de abortos, en los hechos, el sistema renuncia a la persecución o a la imposición de una pena privativa de libertad.

Entre los medios eficaces para proteger la vida del que está por nacer que tornan innecesaria la utilización del derecho penal, destacan las normas laborales (fuero maternal y traslado de las mujeres embarazadas a otras funciones, en su caso) y sobre información

y conserjería; así como la implementación de políticas adecuadas en materia de salud, anticoncepción y educación sexual y de otras medidas socio-económicas, las cuales pueden contribuir en conjunto a evitar embarazos no deseados.

La proporcionalidad de la medida supone que la herramienta escogida para proteger la vida del *nasciturus* no debe constituir un peso, carga o sacrificio desmedido para los derechos fundamentales de las mujeres embarazadas. A pesar de que en el mundo del derecho se reconocen deberes de solidaridad con otros (que en este caso recaerían sobre las mujeres embarazadas respecto del feto), cuando el derecho penal los ha reconocido, no lo ha hecho a costa de imponerlos a todo evento (*v. gr.*, omisión de socorro), sin que resulten exigibles, por tanto, cuando hay riesgo para la vida o salud de aquel que carga con ellos.

Imponer a las mujeres embarazadas el deber de continuar con el embarazo implica atentar contra su dignidad y, según las distintas hipótesis, contra sus derechos a la vida, la salud, la integridad física y síquica, la igualdad (ya que a nadie se exige un sacrificio tan desmedido), la libertad, la autonomía, la autodeterminación, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad, la libertad de conciencia o de credo y los derechos sexuales y reproductivos. Se trata, a mayor abundamiento, de una afectación de por vida, al generarse para las mujeres consecuencias permanentes de carácter síquico y económico asociadas a la crianza de un hijo o hija. Una adecuada protección de los derechos humanos de las mujeres embarazadas, sobre todo, en general, de su derecho a la autonomía, debe repercutir en que nuestro ordenamiento jurídico despenalice la interrupción por ellas consentida del embarazo en todos los supuestos o, por lo menos, en algunos, garantizándoles el derecho a un acceso seguro a dicha interrupción.

Teniendo en cuenta los anteriores argumentos, considero que es inconstitucional la penalización del aborto, por lo menos en algunas hipótesis, por no ser el *nasciturus* persona ni titular del derecho a la vida y ser el derecho penal inidóneo, innecesario y desproporcionado en orden a la protección de la vida de aquel individuo. En mi concepto, debería despenalizarse el aborto en términos amplios (o por lo menos en ciertos casos), estableciéndose un plazo para ejercer el derecho a abortar sin expresión de causa (con información y conserjería para quien la requiera), con la posibilidad de que la interrupción del embarazo pudiera tener lugar más allá de dicho plazo en algún otro supuesto, como en el de peligro de la vida de la mujer embarazada.

Muchas gracias.

PREGUNTAS DE MELISSA SEPÚLVEDA A LOS PONENTES¹

1. A Juan Pablo Mañalich:

Pregunta: Con mención al interés de supervivencia, que creo que también es relativizable, sobre todo no sé cual son los argumentos de la neonatología para señalar que no hay interés o que no hay sujeto de deseo, tal vez si se puede considerar sujeto de deseo, reflejos primitivos que tienen los recién nacidos como la succión, moro, aprehensión, esos si pueden ser considerados intenciones de supervivencias. Más allá de eso, ¿cuál sería la regulación normativa o en que se basaría la regulación normativa para poder establecer un límite como han determinado algunos países en las 12 semanas y no hablar directamente de la permisibilidad y empezar a hablar de eugenesia?

Respuesta: Respecto de los primero, yo no creo haber sugerido que un recién nacido o un feto de avanzado estado de gestación intrauterina carezca de instintos o deseos; por supuesto que se dejan reconocer semejantes instintos o deseos, lo cual es ciertamente explotado por los partidarios de las tesis prohibicionistas, cuando por ejemplo son exhibidos videos que muestran a un feto reaccionando a determinadas formas de estimulación física o sensorial. Entonces, el punto no es que un feto o aun un recién nacido no sean sujetos de deseo alguno, sino más bien que, para reconocerles un interés en su propia supervivencia, tendría que tratarse de un deseo cuya eventual satisfacción no sea temporalmente inmediata, de modo tal que pueda decirse que tal individuo actualmente tiene un deseo cuya satisfacción presupone que este individuo se encuentre vivo en un futuro no inmediato.

Esto puede sonar demasiado sutil, pero lo único que puede estar en juego en reconocer un derecho subjetivo es, por decirlo así, una cierta deferencia hacia la subjetividad de otro; o sea, hacia el estatus de otro como sujeto de estados intencionales como lo son deseos, expectativas, creencias, etc. Sin embargo, la cuestión no está en negar que un feto o un recién nacido tengan deseos en absoluto; la cuestión está en determinar a partir de qué momento de su desarrollo psico- y neurobiológico un individuo de la especie humana pasa a ser capaz de formarse deseos cuya satisfacción presuponga que ese ente siga vivo por un cierto lapso. Y éste es el único fundamento, me parece, que puede ser esgrimido para reconocer a un individuo un interés en su propia supervivencia.

Entonces, y para clarificar el punto: un ente puede no ser capaz de tener un interés en su propia supervivencia y al mismo tiempo ser capaz de tener intereses de otra índole. Por otra parte, que un ente sea un individuo de la especie humana no es condición necesaria

¹ Estas versiones han sido revisadas por los respectivos autores de acuerdo al proceso realizado por los organizadores del foro (Nota del editor).

para que ese mismo ente pueda tener un interés en su propia supervivencia. Respecto de esto último, es claro que hay especies animales –desde luego: los primates superiores, así como los delfines– a cuyos miembros ya nacidos cabe reconocer un interés en su propia supervivencia. Y yo pienso que, entonces, su estatus normativo tendría que ser equivalente al de un ser humano ya nacido, en lo tocante al reconocimiento de un derecho a la vida. Así, yo no creo que haya razón alguna para no ver en la producción de la muerte de un gorila adulto un hecho normativamente equivalente a la producción de la muerte de un ser humano adulto.

Respecto del segundo punto, habría que decir, como primera puntualización, que se trata de un argumento a favor de la permisibilidad irrestricta del aborto practicado o consentido por la propia mujer embarazada. Frente a esto, es evidente que el menoscabo del interés de autonomía reproductiva de la propia mujer embarazada asociado a un aborto no consentido puede ser legítimamente sometido a prohibición. Con ello, es la voluntad de la propia mujer embarazada lo que puede y debe levantar esa prohibición. Y entonces se plantea la pregunta: ¿tiene sentido establecer algunos límites, a partir de los argumentos que yo he intentado ofrecer, a la permisibilidad del aborto practicado o consentido por la propia mujer embarazada? Ese es el problema que aparece en juego, por ejemplo, cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos, el año 1973, pronunció su célebre decisión en el caso *Roe versus Wade*, que reconoció la permisibilidad del aborto constitucionalmente garantizado en contra del intento de la legislación estadual por someter a prohibición el aborto.

Al respecto, lo que dijo entonces la Corte Suprema de los Estados Unidos fue que había que diferenciar tres períodos, en el sentido de lo que se conoce como la regla de los tres trimestres. Dentro del primer trimestre, dijo la corte, no es en absoluto legítimo someter a prohibición alguna el aborto consentido por la mujer embarazada, y eso pervive en la idea de que los regímenes legales razonables son regímenes que establecen el límite para la permisibilidad irrestricta del aborto consentido por la mujer embarazada precisamente en el transcurso de las 12 semanas del embarazo. En relación con el segundo semestre, dijo la corte, el único argumento que legítimamente podría ser aducido por una legislatura estadual para someter a prohibición el aborto consentido por la mujer embarazada tendría que referirse a intereses de la propia mujer embarazada, particularmente a intereses relativos a la preservación de su salud física y psíquica. Entonces, eso me lleva a otro terreno: ¿puede el Estado, por paternalismo hacia la mujer embarazada, someter a condición la permisibilidad de la práctica de un aborto imponiendo el cumplimiento de condiciones sanitarias?

Esta es una cuestión que tiene que ser evaluada en su mérito, como un problema a ser visto desde un punto de vista de salud pública, el cual no puede ser dissociado de cuál sea

el régimen de prestaciones de salud que se encuentren jurídicamente garantizados por el Estado respectivo. Por ello, y a diferencia de lo que muestra el debate reciente en Chile, la discusión en serio no debería versar sobre la despenalización –ciertamente urgente– del aborto en algunos casos más o menos estereotipados, sino sobre la manera en que el Estado tendría que asegurar, bajo determinadas condiciones, la disponibilidad segura y eficaz de la interrupción del embarazo para cualquier mujer que no esté dispuesta a llevar adelante ese embarazo.

2. A Gabriel Hernández Paulsen:

Pregunta: En una sociedad mercantilizada como la nuestra, ¿es suficiente despenalizar el aborto entendiendo que, si va a estar mediado por el mercado, va a haber finalmente una condición socioeconómica que prime por sobre el derecho en el caso de una mujer embarazada?

Respuesta: No es suficiente, lógicamente, ni desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales de las mujeres ni desde el punto de vista de la protección del que está por nacer. Lógicamente, esto [la despenalización del aborto] tiene que ir acompañado de una serie de normas adicionales del derecho laboral, de la seguridad social, por ejemplo, y de políticas públicas en materia de salud sexual y reproductiva y de educación sexual. Y en el fondo, idealmente esto debe ir acompañado de la dictación, en el futuro, de una norma constitucional que reconociera los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y de todas las personas en general, y de una ley específica que los desarrollara y analizara específicamente de este tema. Eso significa entre otras cosas asegurar una salud sexual y reproductiva gratuita, que permita el acceso igualitariamente a todos los ciudadanos.

3. A Claudio Nash Rojas:

Pregunta: Si existe algo como el derecho a la maternidad o la libertad de elegir la estructura, la personalidad, el proyecto de vida o la biografía de una mujer, ¿debe existir algo como el derecho a la paternidad y donde está el límite aun en esa contraposición de DD.HH?

Respuesta: Sí, y la propia Corte lo señalaba, es decir, aquí hay un derecho, que eso es lo que se discutía justamente en el caso Artavia, que era la posibilidad de que el Estado garantizara un proyecto de vida que pasaba por el hecho de ser padre (en el sentido de papá, en el derecho de ser padre). Ahora, hay que reconocer que, nos guste o no nos guste, biológicamente el embarazo ocurre en el cuerpo de las mujeres, y para mí eso puede ser algo positivo (pues nunca voy a vivir el embarazo), o para otros esa puede ser la peor desventaja que sufrimos por parte de la naturaleza, pero es un hecho del cual hay

que hacerse cargo. Mi proyecto de paternidad existe, debe ser garantizado, pero tiene un límite, y claramente ese límite es que no puede ser impuesto a las mujeres, y en ese caso claramente las distintas concepciones biológicas determinan de alguna manera el contenido y el alcance de ese proyecto de vida. Puede gustarme o no, pero hay que ir a reclamar a otra parte esta insuficiencia del cuerpo.

PREGUNTAS DEL PÚBLICO

1. Pregunta dirigida a cualquiera de los ponentes.

Pregunta: hace un tiempo el rector de la Pontificia Universidad Católica, anunció que en el Hospital Clínico de la Universidad Católica no se realizarían abortos. El caso es que el Hospital Clínico de la Universidad Católica es privado. ¿Qué va a ocurrir justamente, con las clínicas privadas y que va a ocurrir con hospitales públicos, y si en las clínicas privadas también el aborto va a ser gratuito, o va a tener igual un índice de precio, tal como se está haciendo de forma clandestina hoy?

Respuesta de Juan Pablo Mañalich: Si recuerdo bien el episodio, lo que dijo el rector de la Universidad Católica es que él iba a defender el derecho de su institución a esgrimir objeción de conciencia frente a la regulación legal que resultase de la reforma que está proponiendo el actual gobierno. Ahora, esa reforma no contempla alteración alguna desde el punto de vista de las condiciones de prestación de servicios en salud en lo referente a la práctica del aborto. Lo único que hace el proyecto, al menos en lo que creo saber, es llevarnos de una situación burdamente inaceptable a una posición un tanto menos escandalosa.

Que bajo el derecho chileno no sea permisible interrumpir el embarazo que resulta de una violación ³/₄ de lo cual además se jactaba, recientemente, el ex presidente Piñera ³/₄ nos dice que el derecho chileno solidariza con el violador, en tanto refuerza la pretensión del autor de la violación de que la víctima tenga que soportar llevar adelante un embarazo coercitivamente impuesto sobre ella.

Yo creo que no hay que confundir la cuestión, en el sentido de querer impugnar el proyecto en sus propios términos, porque resulta insuficiente; el proyecto es en sí insuficiente, pero es insuficiente porque es absolutamente imprescindible.

Ahora yo creo que el problema a propósito de los dichos del rector Sánchez es que el rector Sánchez aparentemente desconoce el sentido de la objeción de conciencia. Ciertamente, un médico, o en general cualquier profesional, puede esgrimir razones para negarse a ejecutar una acción que desafía su sistema de creencias; así por ejemplo, bajo un sistema de régimen militar obligatorio, un pacifista podría quizá legítimamente esgrimir una objeción de conciencia para no negarse a ser enrolado en el ejército.

Lo que no tiene sentido algún es esgrimir objeción de conciencia a favor de una institución, porque una institución no tiene conciencia, al menos en el sentido en que lo presupone una alegación de objeción de conciencia. Entonces, el problema no es qué va a pasar en términos de la política de cobro, que este proyecto no toca, aunque por

supuesto se debería tocar. El problema, más bien, es si un médico que se desempeña profesionalmente en alguno de los hospitales de la red de salud de la Pontificia Universidad Católica, no va a poder practicar un aborto en alguna de las situaciones en las cuales ello pasaría a ser jurídicamente permisibles, porque su institución se lo va a prohibir, porque la institución alega objeción de conciencia. Supongo que la cuestión es tan clara que a uno no debería tomar demasiado tiempo responde. Esta forma de argumentación por parte del rector Sánchez consiste en un subterfugio que es a todas luces extravagante.

Respuesta de Claudio Nash: Quisiera agregar un solo elemento, efectivamente comparto la premisa de que no puede haber una objeción de conciencia institucional, porque si es que procediera esta sería solo individual. Pero además para el ejercicio de la objeción de conciencia en este caso habiendo involucrado un derecho —el ejercicio de un derecho— ese facultativo lo que puede hacer como objeción de conciencia es él no practicar el aborto, pero por ningún motivo puede poner obstáculos para que esa persona se lo practique, y más aún debe generar las condiciones para que sea tratado por un facultativo que si este en condiciones de hacerlo, por tanto no es llegar y decir como pretendía el Dr. Sánchez: mire la institución no lo va a hacer, y objeción de conciencia y se acabó el juego.

Es bastante más complejo el ejercicio de la objeción de conciencia, además en un caso especialmente delicado como este.

2. Pregunta a Juan Pablo Mañalich:

Pregunta: ¿Cómo diferencia usted el aborto, de acuerdo con su tesis, frente a tipos penales como el parricidio o el infanticidio?

Respuesta: Yo alcancé a decir que el argumento que ofrecía a favor de la permisibilidad del aborto, no tenía como consecuencia la permisibilidad del infanticidio, porque yo creo que hay razones que explican que el derecho zanje abstractamente quién es persona a través de un hito que es fácilmente reconocible para cualquier ciudadano, lo cual ³/₄ por decirlo así ³/₄ produce un efecto reflejo de protección a favor de la vida de individuos cuya constitución individual no alcanza a servir de base para reconocerles un interés en su propia supervivencia. Pero éste es un riesgo de protección excesiva que es preferible correr frente al riesgo inverso de protección deficitaria que se seguiría si se dejara al mejor juicio de cada cual determinar si un recién nacido de tres o cuatro meses es capaz, por ejemplo, de echar en falta la presencia de su madre o padre, lo cual indicaría que ese recién nacido ya tiene intereses no puramente momentáneos, sino temporalmente diferidos.

Pero es importante advertir que el argumento a favor de la permisibilidad del aborto que yo defendiendo ha sido desarrollado en parte por algunos autores, relevantes en la filosofía moral contemporánea, que sí son partidarios de la permisibilidad del infanticidio.

Según estos autores, no se justifica que los sistemas jurídicos conviertan la prohibición de matar a una persona en la prohibición de matar a un ser humano nacido. Y eso interesa especialmente a uno de estos autores, que es Michael Tooley, en cuyo libro *Abortion and Infanticide*, se desarrolla buena parte del argumento que yo defiendo. Y la tesis de Tooley es que dado que un recién nacido a todas luces no sería persona en sentido moral, tendría que ser posible discutir acerca de la legitimidad de prácticas eugenésicas que afecten a individuos humanos ya nacidos.

Yo creo que ésa es una discusión del todo plausible, pero creo hay que esforzarse por no hacer colapsar la distinción entre ese debate y el debate a favor de la permisibilidad irrestricta del aborto, porque entonces uno se gana gratuitamente adversarios que uno no tiene porqué ganarse. Yo diría, de hecho, que puede haber razones importantes para restringir o incluso prohibir las acciones eugenésicamente homicidas; sin embargo, Tooley y quienes lo siguen en esto estarían de acuerdo en reconocer un margen de permisibilidad para la decisión de los progenitores de dar muerte a ese recién nacido, en atención a que todavía no es persona en sentido moral.

Al respecto, yo diría que, a pesar de que ese individuo aún no sea persona en sentido moral, el derecho lo trata justificadamente como persona, y creo que eso es justificado a partir del nacimiento. Por otra parte, la premisa que está detrás del argumento de la permisibilidad del homicidio o infanticidio eugenésico me parece problemática, porque a ella parece subyace una comprensión especialmente neoliberal de las relaciones paterno filiales. Para abusar de la metáfora: si el o los progenitores reciben “un niño fallado”, dentro de un cierto lapso el derecho le tendría que reconocer la posibilidad de deshacer el negocio de modo no demasiado lesivo para los propios intereses de esos progenitores. Ese sería un tipo de argumento que me parece problemático, porque yo creo que entre otras cosas uno debería discutir muy seriamente que clase de prerrogativas que tienen padres o madres respecto de quienes son sus hijos. Entonces, legitimar el infanticidio en interés de la posición de los propios progenitores a mí me parece solidario con una comprensión de las relaciones familiares, y en particular con las relaciones paterno y materno-filiales que yo no miro con muy buenos ojos.

Contra pregunta: ¿O sea, no es el interés respecto de los progenitores, si no respecto de la tesis que usted planteaba respecto de los deseos de supervivencia de este ser que no es persona?

Contra respuesta: Hay dos posibilidades: o se deja la calificación *jurídica* de si algo o alguien es persona a la comprobación concreta de que ese individuo exhibe un conjunto de propiedades; o el derecho toma una posición generalizadora, que es lo que el derecho tiende a hacer siempre.

Imagínese que dependiera de un juicio particularizado suyo o mío si cualquiera de nosotros es adulto o mayor de edad. La trampa está en pensar que existe algo así como un concepto pre-jurídico de mayoría de edad, de modo tal ^{3/4}así proseguiría el argumento^{3/4} que el derecho establecería una *presunción* de que, a partir de cierto momento, una persona es mayor de edad. Pero el punto es que la categoría “mayor de edad” es una categoría jurídica, y no una categoría “natural”, puesto que ningún individuo es por biología mayor de edad. Y el punto es que el derecho fija el respectivo límite de un modo que vuelve susceptible de anticipación la adquisición de ese estatus, de manera tal que la persona en cuestión puede ir preparándose, entre otras, para ir haciéndose responsable de sus propios asuntos.

Por supuesto, la cuestión no es estrictamente congruente tratándose del reconocimiento del estatus de persona, porque yo estoy sugiriendo que sí tiene sentido postular un concepto de persona en un sentido moral. El problema es que si dejáramos entregado a una comprobación particular si tal o cual individuo ya nacido es persona, ello resultaría en un espacio de incertidumbre intolerable para la praxis. Y puesto que el momento en el cual un individuo llega a ser capaz de tener un interés en su propia supervivencia no se deja establecer milimétricamente, es razonable que el derecho establezca un régimen de protección generalizada a partir de un cierto hito, y es sensato que ese hito sea el nacimiento.

Esto último deja a salvo, ciertamente, la posibilidad de discutir acerca de la permisibilidad de la eutanasia, también respecto de individuos recién nacidos. Pero lo crucial aquí es diferenciar la eutanasia de la eugenesia.